

Constituição econômica e concorrência

Autor: Lafayete Josué Petter

Procurador Regional da República e Mestre em Direito pela PUC-RS

publicado em 29.04.2011

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Introdução

A expressão **Constituição Econômica** tem o significado de referir-se ao conjunto de normas constitucionais que, exclusivamente ou não, regulam fatos que repercutem no **modo de ser econômico** da sociedade. É a regulação jurídica da Economia no sentido mais amplo que essa afirmativa comporta. Nesse sentido, preceitos outros, atinentes à ordem econômica, encontram-se não apenas no art. 170 e seguintes, mas em diversas passagens do texto constitucional. Exemplificativamente, o **objetivo fundamental** da República Federativa do Brasil de **garantir o desenvolvimento nacional**, com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização e promovendo o bem de todos com redução das desigualdades (CF, art. 3º), por certo está umbilicalmente relacionado com os preceitos voltados para a atividade econômica (CF, art. 170 e ss.). Nessa toada, a falta de desenvolvimento, ou, dito de outro modo, o estado de subdesenvolvimento,⁽¹⁾ deve ser compreendida como a antítese do receituário constitucional, reclamando redobrados esforços de superação na atividade afeta a todos os operadores do Direito, v.g., impondo aos administradores públicos um mínimo de programação de políticas públicas de longo prazo. O desenvolvimento, por outro lado, se liga diretamente à atividade econômica (num sentido amplíssimo), cuja ordenação é feita a partir do texto constitucional. Este, por sua vez, adota como **fundamentos da ordem econômica** a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa (CF, art. 170). Não haveria de ser de outro modo. Entre os próprios **fundamentos do Estado brasileiro** (CF, art. 1º) estão os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Daí se iniciarem estas anotações pela análise de tão relevantes fundamentos.

A análise das constituições econômicas brasileiras pretéritas dá conta de que determinados valores ora assumem a qualificação de fundamento da ordem econômica, ora consubstanciam um princípio. Há de se tomar a ideia de fundamento como a causa da ordem econômica, ligando-se, portanto, ao próprio objetivo por ela pretendido, enquanto os princípios serão os elementos pelos quais aquela ordem se efetivará, ou seja, o ponto de partida para essa efetivação, que, portanto, não pode ser relegado. Como adverte Washington Peluso, **fundamento**, no sentido aristotélico, é tomado como causa no sentido de razão de ser. Já **princípio** caracteriza o ponto de partida de um processo qualquer. Um exame das constituições brasileiras revela que elas foram dúbias e inseguras na adoção desses elementos, ora situando-os como fundamento, ora como princípios. Como destaca o professor,⁽²⁾ “um inegável empirismo semântico faz com que os termos fundamentos e princípios, em seu uso jurídico, adquiram um sentido mal definido, sendo por vezes assemelhado”. Para o exame pretendido no estudo, contudo, já fica assentado que a **livre concorrência** (inciso IV do artigo 170), por caracterizar um princípio, indica um caminho a ser percorrido para o atingimento do **fim** da ordem econômica, alicerçado em seus dois **fundamentos**, razão de ser da normalização do fenômeno econômico em sede constitucional.

O exame das disposições consagradas no título da ordem econômica nos indica a opção do constituinte por um modelo capitalista de produção, em

que os agentes econômicos disputam livremente em uma economia de mercado. Curioso que o **mercado** só é referido na Constituição Federal no art. 219, dentro do Título VIII, que trata da ordem social, no capítulo destinado à ciência e à tecnologia.(3) Mas, ultrapassada a concepção estritamente liberal de Estado, o capitalismo, hodiernamente, tem sido matizado por variados graus de intervencionismo estatal. Os limites da atuação interventiva do Estado, portanto, constituem parte essencial do estudo dedicado ao regramento jurídico da economia. Há de se rememorar que a partir da Revolução Industrial, no século XIX, caracterizada pela crescente concentração de capital e pelo aguçamento das desigualdades sociais, é que essa ação interventiva se potencializou, no intuito de corrigir as disfuncionalidades naturais que a ordem evolutiva espontânea da economia fez surgir no cenário socioeconômico real do nascente capitalismo. A história é reveladora da ideia de que a presença estatal – normativa e, portanto, exegética – haverá de ser graduada em sintonia e proporção às injustiças e aos abusos de toda ordem identificados na realidade socioeconômica.(4) Isso nos remete ao exame do princípio constitucional econômico da defesa da concorrência, como inserido na Constituição Econômica prevista no texto constitucional. Não se olvide: é na vivificação constitucional, sobretudo em sua principiologia, que se haverá de encontrar a legitimidade da aplicação das normas jurídicas, fundamento e limite das demais fontes normativas e ápice referencial de todo o **agir hermenêutico**. Há de se ter o cuidado para evitar-se significados excessivamente idealistas, pois conduzirão à utopia. E também significados que apenas e sempre traduzem o que já se encontra posto na realidade, pois nesse caso conduzirão à inocuidade. A Constituição e o significado que ela traduz é o delicado ponto de encontro entre o real e o ideal de uma sociedade(5).

Nessa forma de pensar, foi extremamente cuidadoso o constituinte ao colocar num mesmo *topos* normativo – CF, art. 170 – princípios que brotam do espontâneo movimento de nossa realidade, exemplificativamente, livre iniciativa e propriedade privada, com outros, não menos importantes, mas não tão espontâneos assim, tais como função social da propriedade, redução das desigualdades sociais e regionais etc., somente concretizáveis por meio da necessária interferência estatal, no sentido normativo aqui desenvolvido, corrigindo rumos e conferindo significado à existência do próprio Direito. Toda essa principiologia atua na confecção final do significado da defesa e proteção da concorrência, que não deve ser analisada isoladamente, sob pena de se converter num misto de idolatria e rigidez, desvirtuando o significado do todo normativo. Sob o olhar constitucional, aplicar a lei, mormente a Lei de Proteção da Ordem Econômica,(6) significa, pois, aplicar a alma hierárquica e finalística do direito, neste caso, a perseguição dos fins proclamados para a ordem econômica.

1 O fundamento da Ordem Econômica valorização do trabalho humano

A inserção da valorização do trabalho humano como fundamento da Ordem Econômica nos remete à sua consideração não apenas como **fator de produção** que, portanto, deve ser trabalhado no âmbito da **política econômica**. Aqui sobreleva a consideração de aspectos qualitativos, evitando-se a adoção de visões demasiadamente patrimonialistas comuns no trato do tema. Destaquem-se dois pontos nucleares. O primeiro deles diz com o fato de que ele é muito mais do que um fator de produção. Diz respeito mesmo à dignidade da pessoa humana, merecendo, por tal razão, ser adequadamente compendiado. No primeiro aspecto, **valorizar o trabalho humano**, tem o significado de **mais trabalho** (mais postos de trabalho, mais oferta de trabalho), mas também **melhor trabalho**, nessa expressão se acomodando todas as alterações fáticas que repercutam positivamente na pessoa do trabalhador. O trabalho exercido com maior satisfação, com menor risco, com mais criatividade, com mais liberdade. Num segundo aspecto, que diz respeito ao mercado, marcado por ideologias indistintamente liberais, em que se encara o trabalho preponderantemente como fator de produção e custo, esse mesmo mercado não pode, e este o segundo aspecto, não pode prescindir das

consequências da valorização do trabalho humano. Este um aspecto paradoxal.(7)

Até os próprios trabalhadores, quando concentram muito poder, tendem a conspirar contra a liberdade de trabalho, desvalorizando-a. Lembremo-nos do exemplo dos serviços portuários, que ficaram organizados de tal forma que os trabalhadores já empregados, dada a concentração de poder que possuíam, chegavam a praticamente determinar as decisões da empresa no tocante à contratação de novos empregados e ao comportamento dela no mercado. Essa situação é incompatível com a liberdade de empresa – faceta da liberdade de iniciativa – e conspira contra a liberdade ao trabalho daquelas pessoas que não estão ainda contratadas.

Avançando no tema, a valorização do trabalho humano conecta-se ainda com vários outros pontos da Constituição Federal, como, *v.g.*, o usucapião *pro labore* e mesmo a temática do subemprego, do mercado informal, do trabalho escravo, da mão de obra infanto-juvenil, etc. Um tema candente e atualíssimo diz com a necessidade ou não da flexibilização da normas trabalhistas. Aqui cabem algumas considerações. Os atuais impulsos em direção à flexibilização das normas trabalhistas deve-se ao fato de serem consideradas, por muitos, rígidas e abstratas, o que impede ou dificulta em demasia potenciais espaços de negociação, tanto em nível coletivo como em nível individual. Certo é, entretanto, que o ordenamento, a principiar pelo texto constitucional, dá realce à proteção do trabalhador, e constitui tarefa difícil sinalizar em que medida a flexibilização conduziria ao escopo da valorização do trabalho humano. Espaços negociais maiores propiciariam uma certa personalização dos contratos celebrados, mas há de se admitir que o Direito do Trabalho, tal qual formulado, não admite facilmente doutrinas pertinentes ao enquadramento das figuras subjetivas levadas em consideração. Ademais, no equacionamento desse problema não se há de olvidar os efeitos da crescente globalização, em que se vai diluindo a capacidade de o Estado estabelecer unilateralmente normas de Direito do Trabalho, seja pela vigência de tratados internacionais, seja pela mútua influência estabelecida entre as economias dos diversos países, cujos desdobramentos econômicos estritos, seja da atividade econômica mundializada, seja da análise da legislação em vigor, estão na ordem do dia das decisões dos agentes, que espontaneamente adotam a lógica econômica e só coercitivamente perfilham condutas que incorram em maiores custos.

As reações à flexibilização das normas trabalhistas também têm por razão a baixa participação dos atores sociais interessados e diretamente atingidos na formulação das políticas públicas e normativas correspondentes. Esse aspecto deve ser adequadamente enfrentado de modo a ser evitado, seja em homenagem ao princípio democrático, seja porque dessa forma os ganhos de eficácia social de novos padrões de contratualidade, eventualmente estabelecidos, ganhariam adesão mais espontânea e voluntária. Entretanto, há de se ter presente a ponderação de que a descaracterização do **princípio da proteção do trabalhador**, que está na base do Direito do Trabalho, levaria, mais cedo ou mais tarde, a modificações significativas da própria disciplina. Essa constatação, por outro lado, não é impeditiva das adaptações que se fizerem necessárias, próprias da historicidade que marca o fenômeno jurídico em si. Mas não se há de confundir flexibilização com desregulamentação, esta de caráter mais devastador para a proteção do trabalho.

2 O fundamento da Ordem Econômica livre iniciativa

A livre iniciativa(8) constitui o outro **fundamento** da ordem econômica. Pode ser traduzida no direito que todos têm de se lançarem ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco. Livre iniciativa é a projeção da liberdade individual no plano da produção, da circulação e da distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da

interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170.

No mercado, por outro lado, verifica-se que em muitos segmentos há a ocorrência do fenômeno da concentração do poder econômico, que fica, por assim dizer, assenhorado nas mãos de uns poucos, com ofensa à livre iniciativa, invocando a necessidade de tutela e intervenção do Estado, pena de aquela, literalmente, sucumbir. Então, ao contrário do que se poderia imaginar, a intervenção do Estado no domínio econômico, muito antes de limitar a iniciativa e a liberdade do particular, tem por fim, mesmo, preservá-la. Não se há de duvidar das imensas barreiras, para não dizer da impossibilidade, do ingresso de novos agentes, quando nos deparamos com um mercado com características monopolistas e de agente em posição dominante. A livre iniciativa dos demais não estaria **materialmente** ofendida? Faz-se, então, necessária uma atuação estatal, corretiva dessa situação.(9)

Mas essa atitude **positiva** do Estado no enfrentamento de alguns efeitos nefastos gerados por agentes econômicos, que podem adotar condutas desbordantes do receituário jurídico-econômico constitucional, também importa numa postura, por assim dizer, **negativa**. Nesse sentido, e de acordo com o ideário liberal, há mesmo razões de ordem econômica e jurídica a barrar desmedidas intervenções do Estado na economia, aspecto amplamente regulado na Constituição Federal de 1988, na chamada **intervenção direta** do Estado na atividade econômica (CF, art. 173).

Como a atividade econômica tem por fundamento a livre iniciativa, ou seja, a liberdade do agente econômico de trilhar os caminhos que bem lhe aprouverem dentro do balizamento normativo autorizado pelo sistema jurídico, o exercício dessa liberdade sempre e a cada dia surpreende, caracterizando-se o mercado como o mais dinâmico e produtivo dos sistemas econômicos, mas, pelo mesmo motivo, aquele que mais tende a abusar do poder econômico conquistado dentro desse espaço de liberdade. Na verdade, há uma dialética relação entre liberdade e abuso.

Ao fundamento da ordem econômica livre iniciativa corresponde, dentre outros, o **princípio da liberdade de iniciativa econômica** (art. 170, parágrafo único). Ele constitui a marca e o aspecto dinâmico do modo de produção capitalista. Consiste no poder reconhecido aos particulares de desenvolverem uma atividade econômica. É mesmo uma fonte axiológica de liberdade do particular perante o Estado e até perante os demais indivíduos, um atributo essencial da pessoa humana em termos de realização direta de sua capacidade, suas realizações e seu destino. É correto dizer que a **liberdade de iniciativa econômica** é um dos mais caros princípios da ordem econômica. O objetivo fundamental do desenvolvimento é por ele mais bem viabilizado. Ao contrário, toda vez que essa liberdade se faz ausente, o caminho trilhado é o inverso do *telos* constitucional. Quando se fazem exigências desproporcionais para micros e pequenos agentes econômicos, de ordem burocrática, fiscal etc., põe-se em risco, ao menos indiretamente, a liberdade de iniciativa econômica daqueles. Quando se procura evitar que o poder econômico abuse de sua condição, está sendo considerada a liberdade de iniciativa daqueles que estão alijados de um determinado mercado, ou que, mesmo nele inseridos, sofrem com a ilicitude derivada da atuação de outros. Ficam maculados em sua liberdade, com desprestígio para a teleologia adotada na ordem constitucional econômica.

A contribuição que um mercado pujante dá ao processo de crescimento econômico tem sido acertadamente destacada pela literatura. No entanto, examinar o mercado tão somente pelas cifras numéricas globais que produz e ressaltar apenas esse aspecto não toma em conta a **liberdade** de troca e de transação que é ínsita ao seu funcionamento. Nesse sentido, a livre iniciativa, fundamento da ordem econômica, informa a indispensabilidade de sempre se estar vigilante em relação à preservação dessa liberdade, tomando-se em consideração um ponto de vista equitativo, mais consentâneo com os ideais democráticos e de justiça social, também fundamentos do Estado brasileiro.

3 O fim da Ordem Econômica existência digna

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. Nesse sentido, nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição do que o princípio da dignidade da pessoa humana. Adotada a noção de Direito como sistema, fácil notar a relevante função delegada ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois propiciador da necessária visão harmônica, unitária e coerente que se há de extrair do conjunto das normas jurídicas, em que coabitam valores e princípios que emergem da realidade social em que esse sistema se insere e da qual, portanto, jamais podem ser desvinculadas, pena de se tornarem incompreensíveis.

O fim da ordem econômica existência digna está relacionado com o princípio da redução das desigualdades sociais e regionais, pois a devida atenção para a pobreza⁽¹⁰⁾ e para as exclusões sociais é derivada e tem como ponto de ligação o respeito e o acatamento da dignidade da pessoa humana.

Ou seja, vê-se no princípio da dignidade da pessoa humana preceito que viabiliza pretensões relacionadas ao mínimo existencial, mas que não seria suporte para direitos outros, sem a necessária intermediação legal. Mas há de se advertir que há também um conteúdo básico, sem o qual se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra, e não mais de princípio. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade.

A conclusão é que a dignidade da pessoa humana atrai para si e para a ordem econômica a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões. Fica fácil assim perceber porque o constituinte reafirmou o princípio ao dispor sobre a ordem econômica. É que os direitos fundamentais, de um modo ainda bem mais concreto e eficaz que outros princípios, mormente os programáticos, que podem consubstanciar objetivos da ordem econômica ou que fixem diretrizes, objetivos e programas a serem realizados, defendem, no campo econômico, os indivíduos e as liberdades individuais a eles creditadas. Aliás, é necessário ter clareza sobre como é improvável concretizar o ideal da liberdade humana e da dignidade individual, quando a ordem econômica que elegemos o contradiga.

4 O fim da Ordem Econômica justiça social

Se a expressão **existência digna** nos remete ao princípio da dignidade da pessoa humana, considerada, preponderantemente, na sua individualidade, a **justiça social** diz respeito a uma espécie de dignidade coletiva. Não basta alguém possuir digna existência se aquele que está ao lado não possui dignidade alguma. Por isso que a justiça social está relacionada com a correção das grandes distorções que ocorrem numa sociedade, diminuindo distâncias e diferenças entre as diversas classes que a constituem, favorecendo os mais humildes. Evitar que os ricos se tornem cada vez mais ricos e os pobres cada vez mais pobres e oferecer idênticas oportunidades a todos constituem variações semânticas do termo sob comento.

Anote-se aqui, esta referência, contrária à situação individual de extrema riqueza, deve-se, senão por outros motivos, pelo menos a duas singelas razões: em primeiro lugar, à indisfarçável ameaça à concretização do mais

caro princípio democrático – o de que o poder emana do povo e em seu nome será exercido; em segundo lugar, ao fato de que a realização de cada um e de todos prescinde da referida situação e, no mais das vezes, é apenas reflexiva da desproporcionalidade abissal que se vislumbra no comparativo dos benefícios atomística e individualmente amealhados na práxis socioeconômica no cotejo com as carências absolutas de grande parte de nossa população.

A busca de uma igualdade substancial e mesmo a abolição de injustificados privilégios de alguns, distribuindo equitativa e proporcionalmente os ônus, os favores e as riquezas da produção social, sem nos deixarmos cair num sociologismo divorciado da ideologia constitucionalmente adotada, eis aí alguns dos objetivos visados pela justiça social.

Haverá, então, de se compreender a expressão **justiça social** como indicativa de que a solução jurídica adotada para o caso concreto reafirme a efetiva participação de todos, de modo direto ou reflexivo, nos benefícios frutificados pelo convívio social, certo de que o malogro ou sucesso da vida em sociedade a todos envolve e a todos alcança. Daí não guardarem adequação ao ideal de justiça formas de desenvolvimento que sejam medidas exclusivamente em função do crescimento econômico. A centralidade da pessoa humana, em sua dignidade, como fonte inspiradora do agir hermenêutico, põe em destaque que o verdadeiro desenvolvimento há de significar a transposição de melhores condições de vida para todos, realizando a justiça social. O aperfeiçoamento institucional do Estado de Direito não se dá de forma plena sem a realização da justiça social. Nesse sentido, ao tratarmos das significações concorrenciais, objeto desta reflexão, sempre e sempre dever-se-á estar atento à proteção dos consumidores e à potencial ameaça que a concentração econômica excessiva carrega consigo. A atuação do agente econômico e seus movimentos no mercado, quando examinados a partir da lei de proteção da ordem econômica e da Constituição Econômica, sempre deverão estar consorciados com o interesse da coletividade e da preservação da liberdade dos demais agentes econômicos.

5 O princípio constitucional econômico da livre concorrência

Para o pleno entendimento da análise deste princípio, principiemos pela noção de concorrência perfeita ou mercado idealizado. Nessa hipotética situação de mercado, as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze da supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos. Seriam muitos os vendedores e muitos os compradores e, isoladamente, nenhum deles teria poder suficiente para dominar o mercado. Nesse mercado ideal, os compradores estão cientes das opções que possuem e podem exercê-las livremente. Um mercado pulverizado, a substitutibilidade dos produtos e a liberdade de iniciativa econômica para o ingresso nesse mercado são suas mais importantes características. Nessas condições, os preços dos produtos e serviços formam-se perfeitamente segundo a correção entre a oferta e a procura, sem interferência predominante de compradores ou vendedores isolados. Os capitais circulam livremente entre os vários ramos e setores, transferindo-se dos menos rentáveis para os mais rentáveis em uma conjuntura econômica. De acordo com a doutrina liberal, a livre concorrência entre capitalistas constitui a situação ideal para a distribuição mais eficaz dos bens entre as empresas e os consumidores. Mais tecnicamente: a atomicidade do mercado, a homogeneidade do produto, a livre entrada na indústria, a perfeita transparência do mercado (todos os participantes do mercado têm um conhecimento completo de todos os fatores significativos do mercado), e, por fim, a existência de uma perfeita mobilidade dos fatores de produção.

Porém, à idealização dessa descrição do mercado ideal opõe-se a realidade da vida, rica em exemplificar casos de monopólios, de oligopólios,⁽¹¹⁾ somada ao fato de que os produtos, em muitos casos, são apenas parcialmente substituíveis, o que nos reconduz ao mercado real, onde impera a **concorrência imperfeita** ou mesmo a ausência de

qualquer ambiente concorrencial. Não se observa a homogeneidade nos produtos e serviços ofertados, existem empresas dominantes e a tendência à concentração está na ordem do dia do modelo econômico vigente. Com o surgimento de monopólios e oligopólios, a livre concorrência desaparece, substituída pela concorrência controlada e imperfeita ou mesmo pela completa ausência de qualquer ambiente concorrencial.

Como visto acima, o princípio constitucional econômico da livre concorrência tem mesmo um caráter instrumental, pois a concorrência não constitui um fim em si mesma. Ou seja, a análise do antitruste deve partir do prisma da Constituição Federal, da Constituição Econômica, visando a seus fins. Por isso que se diz que o antitruste há de ser entendido como “uma técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência”.(12)

O papel reservado ao poder público, nesse particular, é o de fomentar a livre concorrência. As realidades e condutas que se mostrarem atentatórias ao princípio necessitam ser expungidas, sob pena de o poder econômico abusar de sua condição, com nefastos efeitos para os demais agentes, para os consumidores e para a sociedade em geral. Ao Estado, então, é deferida a relevante tarefa de velar pela regularidade do mercado, seja na análise das condutas adotadas pelos agentes econômicos, seja no exame das estruturas de mercado. Ao disciplinar normativamente a defesa da concorrência, deve mesmo estabelecer um conjunto de regras que tenham por objetivo a intervenção do Estado na vida econômica, de modo a garantir que a competição das empresas no mercado não seja falseada por meio de práticas colusórias ou abusivas ou mesmo adotadas isoladamente por um único agente econômico quando se encontrar em situação tal que lhe confira uma posição dominante, facilitando-lhe a prática de **atitudes monopolísticas**.

Ou seja, o poder econômico constitui fenômeno normal dentro do processo de produção e circulação da riqueza. O que se tem em mente quando da abordagem da **defesa e proteção da concorrência** é qual o limite que o sistema jurídico impõe a esse poder, para além do qual incorrerá em abuso, com prejuízo para a liberdade econômica e para a justiça econômica? Nunca é demais repetir: a livre concorrência foi alçada à dignidade de princípio constitucional pela primeira vez na presente Constituição, numa Constituição em que a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano são os fundamentos da ordem econômica e incluem-se entre os princípios fundamentais da República.

Como anota Peluso, “destacando-se nas ‘relações de poder’ a modalidade do poder econômico, teremos aquelas relações jurídicas já permeadas de sentido de relações econômicas, cujas motivações deverão ajustar-se ao objetivo de justiça, sob pena de se contraporem aos direitos que devem assegurar. O exercício do poder econômico, portanto, far-se-á em obediência a um equilíbrio de interesses postos em jogo de acordo com uma linha traçada como delimitadora do justo e do injusto e que, traçada pela lei jurídica, coincidirá com o lícito e o ilícito”.(13)

Diferentemente da forma aberta e interrogativa que subjaz ao pensamento do economista, antepõe-se uma forma de pensar mais dogmática do operador do direito e sua preocupação com a decidibilidade de conflitos judiciais. Assim que a análise circunstanciada em cálculos econômétricos, tão somente, é útil, mas por certo insuficiente para um juízo de valor definitivo.

Fazem-se aqui pequenas anotações sobre o fenômeno da concentração econômica, que tem potencial infirmador da concorrência. A favor das concentrações econômicas, sempre é lembrado que elas resultarão em maior grau de eficiência econômica, propiciando o fomento de economias de escala, uma operosidade em maior eficiência com benefícios aos consumidores, redução de gastos e custos fixos e mesmo o aumento de competitividade no cenário globalizado. Entretanto, o grau de

concentração pode levar ao comprometimento do normal funcionamento do mercado, pois o poder ficará concentrado nas mãos de poucos, que podem **atuar monopolisticamente**, ou seja, com indiferença e independência em relação aos demais agentes econômicos, com prejuízos para os consumidores, o que é de todo intolerável.

Além disso, dada a aproximação da relação entre poder econômico e poder político, tem-se a preocupação da pulverização do mercado com o escopo de tutelar o processo democrático. Ou seja, ocorre mesmo um paradoxo na análise das concentrações pois, como adverte Forgioni, lembrando outro autor: “ao mesmo tempo em que a concentração de capitais é vista como indispensável ao progresso e mesmo à eficiência do sistema produtivo, é também fator de instabilidade desse próprio sistema. Por esse motivo, a discussão sobre a regulamentação das concentrações e seu controle por parte das autoridades antitruste lidará, sempre, com o dilema: concorrência atomística ou eficaz? Mercados concentrados ou pulverizados?”.⁽¹⁴⁾ Uma forma mais eficaz de enfrentar essas dificuldades consiste em serem alteradas as análises efetuadas (econométricas, no mais das vezes) e ser focado o tema sob o ângulo da normatividade constitucional econômica e da constelação de valores que ela erige como significantes, perfazendo uma análise que, privilegiando esta ou aquela solução, não descure de nenhum dos princípios e valores insculpidos na Constituição Econômica, ao menos de modo absoluto. Esses temas, para nós, são tratados na Lei de Proteção da Ordem Econômica.

6 Algumas observações sobre a Lei nº 8.884/94

6.1 Um microssistema próprio

A lei de proteção da ordem econômica – Lei nº 8.884/94 – constitui um microssistema próprio. Essa conclusão deriva da análise de seus dispositivos. Um exame detido da normatividade inserida em seu texto revela-nos ser ela uma valiosa ferramenta normativa à disposição dos operadores do Direito, pronta a proteger os princípios e valores inseridos nas disposições relativas à ordem constitucional econômica. Por exemplo, o abuso do poder econômico, a cada dia mais versátil e inovador em suas aparições na realidade fática, nem sempre adota a forma de uma ação anticoncorrencial. Ademais, a própria Lei 8.884/1994, logo no seu art. 1º, trata de esclarecer que a titularidade dos bens jurídicos tutelados pertence a toda a coletividade. A problematização e a juridicização da realidade econômica do patamar e interesse da sociedade como um todo, que se impõe àqueles que vasculham os escaninhos da Lei 8.884/1994, além de corroborar o que acima se disse, afasta, por óbvio, estritos pontos de vista econométricos, comuns no trato das questões que a citada lei regula. Daí nossa preferência pela expressão “lei de proteção da ordem econômica”, mais apropriada para a grande missão reservada à Lei 8.884/1994. Trata-se de diploma singular, próprio da evolução da normatividade nacional no tema, que encontra inspiração nos sistemas europeu e americano, para fins de caracterização do ilícito pelo objeto ou efeito, mas supera tanto essa tradição quanto aquela norte-americana no que tange à tipificação dos atos. Os artigos 20 e 21 são nucleares para a análise concorrencial. Lembre-se, no Brasil, toda a evolução normativa no setor sempre esteve diretamente conectada à defesa do consumidor e à economia popular. Quando se diz que a **coletividade** é a titular dos bens jurídicos protegidos pela lei, está a se referir a existência de valores pertencentes a todos, potencializados na concretização de um *mercado regular*, no sentido de conforme à Constituição.

6.2 Infrações – algumas observações

A inserção da **livre concorrência** como princípio da ordem econômica trouxe à concepção de abuso do poder econômico o sentido de uma infração contra o mercado. O centro da gravidade da infração deixa de estar na intencionalidade dirigida contra um concorrente, mas passa a localizar-se na **significação objetiva da conduta** para a manutenção da competitividade do mercado. Enfatizar esse aspecto é importante, pois as primeiras leis sobre o abuso do poder econômico remontam à época do

liberalismo clássico, baseadas na concorrência livre e na propriedade privada de todos os bens, quando, então, o abuso era entendido como ocorrente somente **entre** os agentes econômicos diretamente relacionados, numa visão privatista do fenômeno. Esta noção é distante da atual configuração de abuso, *v.g.*, via eliminação da concorrência, em que há de se ressaltar, numa linguagem econômica, que o **prejuízo** é de todos, pois a ofensa à livre concorrência ofende bem jurídico cuja titularidade pertence à coletividade em geral.

Entretanto, há de se lembrar que a competitividade no mercado, por mais importante que possa ser, não é um valor absoluto que justifique por si só o sacrifício de todos os outros relevantes valores que compõem a ordem constitucional econômica, dentre eles a própria expansão e universalização da dignidade entre as pessoas e a busca incessante da justiça social, fins constitucionalmente adotados e que não são meros preceitos enxertados em uma carta de intenções.

Por outro lado, é incorreto dizer que a Lei nº 8.884/94 possa pré-dizer, de antemão e independente de toda e qualquer circunstância, qual seja a resposta para um fato que se subsuma à sua esfera de juridicidade. Discussões excessivamente gerais sobre os objetivos da Lei Antitruste, sem que seja determinada a lei e o momento de que se trata, são, de certa maneira, estéreis. Ela não pode ser subsumida em um único objetivo. Assim, “mais do que objetivos, estamos falando de relação entre instrumentos e objetivos possíveis. E, acima de tudo, estamos tratando com princípios”. Essas conclusões são indispensáveis “para que não se caia na tentadora armadilha da indiscriminada transposição das teorias econômicas para o campo do direito da concorrência”.**(15)**

Essa economização do fenômeno jurídico induz a crença de que possa existir um objetivo único e pré-determinado para qualquer situação, olvidando-se do contexto e dos conflitos de interesses existentes. E, pior, esse modo de ver as coisas desvia do ponto fulcral da Lei Antitruste: de que ela é instrumental a uma determinada política econômica, possuindo, dessa forma, objetivos bem próprios. Retomando a melhor doutrina,**(16)** “aparecem claras, então, as armadilhas que se colocam pelas fórmulas matemáticas: a aparente certeza e segurança jurídica que proporcionam é afastada pelo comprometimento do sistema, que pode dar-se pelo seu indevido enrijecimento. Sua aplicação, portanto, deve ser temperada pelos princípios embaixadores da Lei Antitruste. Buscar a concorrência, por si só, é uma função que não é dada ao antitruste. Bem assim, o antitruste não se resume a problemas relacionados com a eficiência econômica”.

É importante deixar consignado, também, que, mesmo que o agente econômico não esteja em posição de domínio, poderá incorrer em ato abusivo contra a ordem econômica, apenas sendo necessário para caracterizar tal situação a prática de atos em ofensa à livre iniciativa dos demais ou que de algum modo maculem a livre concorrência.

6.3 Lucro conveniente e lucro inconveniente

A incerteza econômica e o monopólio estão relacionados a fontes de lucros. Daí o ditado popular, grandes lucros, grandes riscos. Das práticas monopolistas também ocorre uma significativa parcela de lucro. Basta verificar o preço de determinado produto que não possui substituto no mercado. Um agente econômico que tenha algum poder de monopólio atua com redução de riscos, indiferença e independência dos demais no mercado e assim aumenta e prolonga o lucro econômico. Também pode o lucro derivar de um ganho tecnológico importante que só ele possui e, com isso, ter um meio de se sustentar e de manter a situação de lucratividade.

Uma importante distinção que cabe aqui pontuar diz com a origem da situação lucrativa. Arcar com o risco dos negócios e implementar inovações em um ambiente econômico incerto são funções socialmente convenientes. Contudo, obter lucro a partir do monopólio não é

socialmente conveniente. Em geral, esse lucro é obtido a partir de produção reduzida, acima dos preços concorrenciais, e da ineficiência econômica. Ou seja, entre o lucro advindo da incerteza e o lucro obtido a partir do monopólio há muita distância no que se refere à conveniência social dessas duas fontes de lucro.

Certo é que a importância do lucro e seu efeito sobre a atividade econômica e mesmo sobre toda a sociedade implicam a necessidade de sua conformação jurídica. Ao afetar a coletividade em geral, extravasa as cercanias do meramente econômico, havendo de harmonizar-se com o projeto político maior, consagrado na Lei Suprema, de conseguinte, havendo de conformar-se à ideologia constitucionalmente adotada. Isso, como se verá, nada tem a ver com uma atitude desqualificatória em relação à situação de lucratividade ou aos fatos econômicos que a potencializam.

7 Efetividade na proteção à livre iniciativa e à livre concorrência

Dirigida a atenção para casos reais de flagrantes de **abuso do poder econômico**, é fácil notar, por sua extensão e complexidade, que a ilicitude que acompanha o respectivo fenômeno emana para todos os setores do Direito, público ou privado, com disposições específicas que se desdobram até no Direito Penal e, de um modo especial, na legislação antitruste. Ou seja, tendo o constituinte brasileiro optado por uma Constituição econômica de padrão **social**, no qual convivem, em harmonia, princípios e valores de inspiração **liberal** e de inspiração **socialista**, a essa opção fundamental somente um pluralismo metodológico permitirá conciliar, sem o sacrifício de qualquer deles, os valores da **liberdade** e da **igualdade**, de cuja síntese resultará, afinal, a concretização de uma ordem econômica inspirada nos valores da **fraternidade** e da **solidariedade**, expressões que se aproximam da justiça social.

Ora, tomado em conta que a ordem econômica tem uma finalidade de justiça, a ser alcançada mediante a distribuição mais equânime dos resultados, de sorte a assegurar a toda a coletividade e a cada indivíduo condição digna de vida, e estando ela organizada numa formatação capitalista, com reconhecimento da primazia da atuação do privado, que opera em liberdade de iniciativa e onde a intervenção do Estado é admitida para corrigir abusos ou atuar diretamente em hipóteses especiais, fica patente o relevantíssimo valor que representa a preservação da **livre concorrência**, daí a sua inserção principiológica na ordem constitucional econômica. O que propõe, então, é dar-lhe mais e maior efetividade, cabendo um determinado papel a todos os atores sociais e mesmo aos agentes econômicos.

7.1 Papel do Estado

O Estado é parte indispensável ao funcionamento do **mercado**, daí por que fica afastada a ilusão neoliberal em voga do chamado **fundamentalismo mercantil**. A expressão é de Celso Furtado e diz com a ideia de que a lógica do mercado é a medida de todas as coisas, convertendo-se na ética vigente. Para aquele autor, “delineia-se a ideia de que o mercado pode ser o cimento de uma sociedade. Assim, as relações mercantis são mais éticas do que qualquer das atividades realizadas pelo Estado”, caracterizando uma espécie de religião.⁽¹⁷⁾ O Estado deve promover e garantir a concorrência, para que esta se estabeleça mais livre. Esse papel está normatizado na Lei nº 8.884/94 e em todas as esparsas disposições nas leis fundantes das agências reguladoras, que também devem obrar para a preservação e mesmo o avanço da concorrência nos setores específicos em que atuam, claro, sem embargo da atuação do SBDC no caso concreto (art. 15 da Lei nº 8.884/94). Devemos lembrar a importância da concorrência no contexto das políticas públicas. Uma política antitruste ativa é parte essencial de uma bem-sucedida economia de mercado, constituindo-se em um instrumento complementar à abertura comercial, à privatização e à desregulamentação na promoção da eficiência econômica. Mas o mercado, tido como uma

idealização das forças econômicas atuantes em regime de competição, na práxis, é mesmo, em boa medida, autofágico e concentracionista.

A ideia de livre mercado, sem um adequado acompanhamento do Estado, conduz a inmensuráveis injustiças e é mesmo antitética à ideia de Direito. O aparecimento de infindáveis crises no desenrolar histórico do modelo de Estado liberal fez ver a necessidade de maior atuação perante o fenômeno econômico, não só para conter os abusos que ali se manifestavam como para preservar os próprios modos de produção e circulação de riquezas. Essa característica tem se acentuado hodiernamente. A mundialização do fenômeno econômico tem aumentado as distâncias entre as pessoas, e o mercado tem funcionado como o canal de comunicação que se interpõe entre elas. Assim, ninguém é responsável por nada, tudo é debitado ao mercado. O trabalho é solicitado onde é mais barato. Fornecedores não conhecem compradores. O capital migra para a região onde é mais bem tratado, independentemente de outras circunstâncias. A única chance de reversão dessa desumanização do fenômeno econômico está no Estado-Direito, que tem o poder de reorganizar a Economia de modo a que todos possam participar dos benefícios da riqueza que o convívio social produz. Esse é o papel que deve ser cumprido pelo SBDC, em especial ao Cade. Sempre se tendo em conta que as decisões que lá são adotadas comportam exame no Poder Judiciário.(18)

A adoção de um sistema capitalista de produção tem na valorização da liberdade em geral e da liberdade de iniciativa econômica em particular um dos mais caros princípios, que haverá de ser de todo modo preservado na vigência daquele regime, mas, também, diferentemente do que se poderia pensar, a atuação estatal **na e sobre** a Economia, nos moldes da ideologia constitucionalmente adotada, muito antes de implicar ofensa àquela liberdade, é mesmo um imperativo de que a atividade econômica seja orientada no sentido constitucionalmente desejado: existência digna e justiça social, fins da ordem constitucional econômica. É um modo de preservar o próprio capitalismo, entendido que o mercado, a par de ser o palco da busca do lucro privado, também é o espaço público onde interagem indivíduos, que realizam trocas com esse mesmo mercado e que dele esperam melhores condições de vida, potencializando suas mais belas virtudes. Daí a alargada visão de desenvolvimento refletida na mais ampla liberdade dirigida ao maior número de pessoas, ou seja, liberdade para desejar e poder realizar o que de fato cada um e todos nós valorizamos.

7.2 Papel dos agentes econômicos

A Lei nº 8.884/94 outorgou um importante papel aos próprios agentes econômicos na vigília dos valores que a lei protege. Não bastasse a legitimidade extraordinária dos ministérios públicos e entidades cujo objeto se amolde aos seus fins, o artigo 29 da lei prevê a possibilidade de os próprios agentes econômicos prejudicados pleitearem judicialmente a cessação de prática infrativa à ordem econômica. Ou seja, dada a importância do funcionamento regular do mercado, para o atingimento do fim da ordem econômica, todos os envolvidos estão legitimados a promover ações que resguardecem sua regularidade, sua conformação constitucional. Assim é a redação do artigo 29, *verbis*:

“Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.”

Claro, a fragilidade do agente econômico que sofre o abuso e a continuidade das relações comerciais com o agente infrator, trazem dificuldades para a adoção dessas atitudes.

7.3 Papel do Ministério Público Brasileiro

Ao Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Por ser uma instituição do Estado, deve promover a aplicação das leis para que suas normas estejam presentes na sociedade, e não apenas nos textos legais. Daí ser um importante protagonista na tutela do princípio da livre concorrência. Trata-se da realização do Direito, explicitado pela materialização, no mundo dos fatos econômicos, do sentido normativo constitucional, de modo a aproximar o dever-ser jurídico ao ser da vida real. A própria independência do Ministério Público só se justifica para que o órgão possa se dedicar aos interesses socialmente relevantes, cujos titulares, inclusive por sua condição coletiva, não têm reais condições de fazê-lo por si mesmos.

Mesmo o agente econômico de dimensões consideráveis, que sofre a atuação de prática abusiva do poder econômico com o qual mantém estrita ligação, tem dificuldades, na prática, de efetivar seus direitos. O acesso à justiça é princípio que não deve ser tomado apenas em sua faceta individual. Os interesses e direitos difusos e coletivos, nesse caso expressos pelos bens jurídicos que a Lei 8.884/1994 visa proteger, também aqui ficam incluídos. Se o *parquet* é o protagonista de inúmeras ações em prol dos consumidores, baseado na legislação consumerista, o mesmo não se pode dizer da legislação de proteção da ordem econômica, à qual, também, é devida a merecida atenção.

Pois a titularidade atribuída pela lei de proteção à ordem econômica aos bens jurídicos que identifica não deixa margem a dúvidas (art. 1º, parágrafo único). À coletividade refluem todas as decisões e consequências verificáveis num negócio particular, nos contratos (públicos e particulares) e no comportamento de cada um de nós, mas, principalmente, nas decisões dos agentes econômicos. Portanto, é justo que aos integrantes da sociedade em geral tenha sido atribuída a titularidade jurídica dos bens de que trata a Lei 8.884/1994. Em face da transindividualidade de tais direitos, é dever do Ministério Público e das associações legitimamente constituídas desenvolverem considerável esforço para tornar a vida real mais próxima do discurso normativo. A constatação da história é reveladora das poucas iniciativas do *Parquet* no trato de tais questões, atualmente já com honrosas exceções – dão mostras do quanto se tem a realizar nessa área.

Ou seja: a) é função do Ministério Público, seja estadual, seja federal, assim como de outros legitimados, velar pela integralidade dos bens jurídicos protegidos pela lei de proteção da ordem econômica, para, em assim procedendo, preservar os valores e princípios da própria Constituição Federal; b) cabe ao Poder Judiciário, no enfrentamento de questões potencialmente disciplinadas pela Lei 8.884/1994, adotar um posicionamento que se entremostre valioso para a preservação da ideologia constitucionalmente adotada no respeitante à ordem econômica; c) nem os Ministérios Públicos têm desenvolvido uma abrangente atuação no respeitante à matéria, nem o Judiciário tem se valido de tão importante diploma normativo para a solução de casos concretos. Esse quadro tem se alterado nos últimos anos, e uma maior sensibilidade para com o instrumental posto à disposição dos operadores do Direito tem produzido boas e novas ações na temática da Constituição Econômica. Certo é que, como a atividade econômica tem essa característica de ubiquidade na vida de cada um e de todos, é forçoso concluir que tanto os ministérios públicos estaduais como o ministério público federal têm atribuições, deveres a cumprir nessa seara. Seria muito ruim para o país que uma lei viesse a retirar, seja um ou seja outro, do protagonismo que devem exercer na matéria. Esse tema tem sido discutido no Congresso Nacional quando do exame dos projetos de lei que buscam aperfeiçoar a Lei nº 8.884/94.

7.4 Papel da Justiça

A jurisprudência mais tradicional reconhece a ausência de neutralidade do capital em relação ao aspecto ético, e as oscilações em redor de soluções a serem dadas aos conflitos de interesse a ele relacionados prendem-se, basicamente, à preocupação com a preservação da propriedade privada e da liberdade negocial enquanto direitos fundamentais da ordem jurídica do capitalismo, a necessidade de que o Estado tenha força suficiente para a manutenção da ordem estabelecida, de tal sorte que, com esse desiderato, se tornem legítimas algumas restrições aos direitos econômicos fundamentais do constitucionalismo liberal, a busca de um discurso legitimador que propicie a representação de uma igualdade em direitos para todos os súditos e, *ipso facto*, de oportunidades proporcionadas pelo sistema para que todos progridam. Mas é necessário avançar, ir além dessa tradição.

Pois o Judiciário foi chamado a dar sua contribuição para a concretização e a efetivação dos direitos fundamentais, inclusive nas relações jurídico-privadas. Se as fronteiras entre o público e o privado já não são mais tão nítidas, se o direito público e o privado manifestam tendências convergentes, se o direito constitucional passou a tratar também de aspectos classicamente disciplinados pelo direito privado, enunciando princípios e consagrando valores que se aplicam também às relações entre os particulares – se tudo isso é verdade, como é, então parece claro que o juiz, no exercício de sua atividade jurisdicional, ao interpretar e aplicar o direito privado, deva também levar em conta as regras e os princípios constitucionais que tratam diretamente do tema objeto do litígio.(19)

No teatro da vida real interagem dialeticamente interesses coletivos e interesses privados em quase tudo o que diz respeito ao econômico e ao jurídico. Encontrar a justa medida – autorizada pelo sistema jurídico, mormente a partir da Constituição Federal – que dinamize um **desenvolvimento** tal qual previsto no texto maior requer razão e sensibilidade.

Isso não significa, contudo, e essa é uma das razões do capítulo introdutório, que o Direito, ao “interferir” na atividade econômica, tudo pode. Haverá de ser respeitado o modo de ser próprio do econômico. A alusão a uma certa tradicionalidade e obrigatoriedade na verificação das circunstâncias econômicas procurou demonstrar tal limitação. Daí que as leis que caracterizam os chamados “planos econômicos” nem tudo podem. Mas, por certo, podem muito.

Porém, talvez a maior contribuição que se procurou deixar registrada é que jamais, em hipótese alguma, poderá o Direito ser turvado em seus raciocínios pela estreiteza e pela parcialidade da absolutização de cifras e estatísticas econométricas, numa formulação jurídica, por assim dizer, matematizada. A lógica da vida moderna, rica em abordagens superficiais da realidade e robustecida pela positividade que marca a contemporaneidade, tem o perverso efeito de assim influenciar o raciocínio dos operadores do Direito. A essa visão opõe-se, com veemência, a teoria hermenêutica adotada e a circunstância de que qualquer caminho escolhido pelo ato interpretativo, sempre e sempre, terá feito uma escolha axiológica, hierarquizando valores e não números, portanto, distanciando-se da estreiteza da simbologia da ciência euclidiana, mas por certo a ela refletida. A justiça, enfim, não pode ser alcançada *more geometrico*, como puro ente da razão – equidistância formal –, sem a menor ligação com a sensibilidade valorativa. Ao contrário, o processo de **economização** das relações sociais (traduzido na economização do Direito) tem o perverso efeito de reduzir as alternativas de vida às opções que o mercado está disposto a ofertar, como se este fosse o mediador fundamental daquelas relações, por conseguinte, da própria vida.

Também foi nosso objetivo deixar consignado que existe um riquíssimo manancial normativo posto à disposição daqueles que se propõem à tarefa

de bem juridicizar o entretecido e retesado choque que se estabelece na confluência dos interesses ocasionados na “cena econômica”. Os princípios constitucionais da atividade econômica bem dão conta dessa tarefa (CF, art. 170), legitimam e fundamentam a exteriorização do fenômeno jurídico.

8 Algumas observações finais

O lucro econômico é a principal fonte de energia da economia capitalista e acaba influenciando o nível de produção e a alocação de recursos entre usos alternativos. Sua expectativa induz inovações. A inovação estimula novos investimentos, aumentando a produção total e o emprego. É a busca do lucro que subjaz ao crescimento econômico. Sendo assim, a liberdade de iniciativa econômica está lastreada no desejo da obtenção do lucro, constando que a verificação da efetividade daquele princípio nos diversos mercados consiste em um importante aporte à retirada de obstáculos ao **desenvolvimento**. Esse objetivo fundamental (CF, art. 3º, II) passa, necessariamente, pelo reconhecimento e pela aceitação jurídica do lucro, existindo nessa perspectiva um público e coletivo interesse, pois fomentador da atividade econômica em geral.

Não é desarrazoado aferir a legitimidade da economia e os bons frutos que tal ambiente potencialmente pode produzir ao tecido social na dimensão que a concorrência efetiva, leal e concreta toma nos setores específicos. Por isso que se diz que ela corresponde à defesa do consumidor no atacado.

A resposta jurídica no enfrentamento da regulação do econômico há de ser tal que a atividade econômica encontre um clima propício ao seu desenvolvimento. Entretanto, pela indissociabilidade dos efeitos ocasionados à coletividade em geral, a conformação jurídica haverá de se traduzir naquilo que é mais socialmente desejável, nesse sentido, por vezes, preservando o estrito ponto de vista individual, por coincidente com os valores e princípios consagrados na normatividade, por vezes, coarctando-o pela deletéria influência que exerce sobre o equilíbrio socioeconômico em geral, o que, a bem da verdade, desfavorece o florescimento da própria economia.

É claro, à potencialidade das opções interpretativas não se haverá de seguir uma indesejada insegurança jurídica. Os capitais (e as iniciativas particulares, motor da vida em sociedade e da vida econômica) são afugentados quando a insegurança prospera. Mas tal argumento não pode tornar inflexíveis situações injustas e antijurídicas, sob pena de subversão do que realmente importa. Há estreiteza de raciocínio na visão dos operadores do Direito que acreditam que nada ou muito pouco pode ser feito para nos afastar de uma realidade onde há ocorrência de tanta desigualdade e privação. Não se está a advogar uma singela visão igualitária de idêntica distribuição de rendas ou exegeses desenraizadas do fértil solo constitucional. Pessoas, no mais das vezes, se interessam em proporção diversa em relação a patrimônio, remuneração e rendimentos. Mas todo indivíduo tem direito a um mínimo – e aqui há de se recordar do fim da ordem econômica: uma existência digna para cada um e para todos. Eis aí um indicativo de justiça social, portanto, de **desenvolvimento**.

Por fim, a busca por justiça é mais do que a busca por eficiência.

Notas

1. O subdesenvolvimento de nossos dias, a bem da verdade, apresenta características originais, inteiramente desconhecidas até o século passado. Países subdesenvolvidos não são totalmente ricos nem totalmente pobres, nem modernos, nem atrasados. Há, de fato, uma tensão entre o polo rico e o polo pobre, entre o moderno e o arcaico, abismo socioeconômico que se agudiza em quadros de concentração de renda, como é o caso do Brasil. O subdesenvolvimento importa numa dinâmica de desequilíbrio econômico e de desarticulação social.

2. SOUZA, Washigton Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 115.

3. Diz o referido artigo: “Art. 219 – O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.”

4. Extremamente instigantes e atuais são os ensinamentos contidos na Encíclica Papal *Centesimus Annus*, de sua Santidade o Papa João Paulo II, em homenagem centenária àquela que sempre é lembrada como inspiradora das primeiras constituições que trataram do tema econômico, a *Rerum Novarum*, de 1891, do papa Leão XIII, inspiradora da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição alemã de Weimer, de 1919. Disse o Pontífice, *verbis*: “Estas considerações gerais refletem-se também no papel do Estado no setor da economia. A atividade econômica, em particular a da economia de mercado, não se pode realizar num vazio institucional, jurídico e político. Pelo contrário, supõe segurança no referente às garantias da liberdade individual e da propriedade, além de uma moeda estável e serviços públicos eficientes. A principal tarefa do Estado é, portanto, a de garantir essa segurança, de modo que quem trabalha e produz possa gozar dos frutos do próprio trabalho e, conseqüentemente, sinta-se estimulado a cumpri-lo com eficiência e honestidade. A falta de segurança, acompanhada pela corrupção dos poderes públicos e pela difusão de fontes impróprias de enriquecimento e de lucros fáceis fundados em atividades ilegais ou puramente especulativas, é um dos obstáculos principais ao desenvolvimento e à ordem econômica. Outra tarefa do Estado é a de vigiar e orientar o exercício dos direitos humanos, no setor econômico; neste campo, porém, a primeira responsabilidade não é do Estado, mas dos indivíduos e dos diversos grupos e associações em que se articula a sociedade. O Estado não poderia assegurar diretamente o direito de todos os cidadãos ao trabalho, sem uma excessiva estruturação da vida econômica e restrição da livre iniciativa dos indivíduos. Contudo, isso não significa que ele não tenha qualquer competência neste âmbito, como afirmaram aqueles que defendiam uma ausência completa de regras na esfera econômica. Pelo contrário, o Estado tem o dever de secundar a atividade das empresas, criando as condições que garantam ocasiões de trabalho, estimulando-se onde for insuficiente e apoiando-a nos momentos de crise. O Estado tem também o direito de intervir quando situações particulares de monopólio criem atrasos ou obstáculos ao desenvolvimento. Mas, além dessas tarefas de harmonização e condução do progresso, pode desempenhar funções de suplência em situações excepcionais, quando setores sociais ou sistemas de empresas, demasiado débeis ou em vias de formação, se mostram inadequados à sua missão. Essas intervenções de suplência, justificadas por urgentes razões que se prendem com o bem comum, devem ser, quando possível, limitados no tempo, para não retirar permanentemente dos mencionados setores e sistemas de empresas as competências que lhes são próprias e para não ampliar excessivamente o âmbito da intervenção estatal, tornando-se prejudicial tanto à liberdade econômica como à civil. Assistiu-se, nos últimos anos, a um vasto alargamento dessa esfera de intervenção, o que levou a constituir, de algum modo, um novo tipo de estado, o ‘Estado do bem-estar’. Essa alteração deu-se em alguns países, para responder de modo mais adequado a muitas necessidades e carências, dando remédio a formas de pobreza e privação indignas da pessoa humana. Não faltaram, porém, excessos e abusos que provocaram, especialmente nos anos mais recentes, fortes críticas ao Estado do bem-estar, qualificado como ‘Estado assistencial’. As anomalias e defeitos, no Estado assistencial, derivam de uma inadequada compreensão das suas próprias tarefas. Também nesse âmbito, se deve respeitar o princípio da subsidiariedade: uma sociedade de ordem superior não deve interferir na vida interna de uma sociedade de ordem inferior, privando-a das suas competências, mas deve antes apoiá-la em caso de necessidade e ajudá-la a coordenar a sua ação com a das outras componentes sociais, tendo em vista o bem comum. Ao intervir diretamente, irresponsabilizando a sociedade, o Estado assistencial

provoca a perda de energias humanas e o aumento exagerado do setor estatal, dominando mais por lógicas burocráticas do que pela preocupação de servir os usuários com um acréscimo enorme de despesas. De fato, parece conhecer melhor a necessidade e ser mais capaz de satisfazê-la quem a ela está mais vizinho e vai ao encontro do necessitado. Acrescente-se que, frequentemente, um certo tipo de necessidades requer uma resposta que não seja apenas material, mas que saiba compreender nelas a exigência humana mais profunda. Pense-se na condição dos refugiados, emigrantes, anciãos ou doentes e em todas as diversas formas que exigem assistência, como no caso dos toxicômanos: todas essas são pessoas que podem ser ajudadas eficazmente apenas por quem lhes ofereça, além dos cuidados necessários, um apoio sinceramente fraterno” (PAULO II, João. *Centesimus Annus. Carta Encíclica de João Paulo II*. São Paulo: Paulinas, 2004. p. 89-91).

5. Como ensina Ernst Benda: “Independentemente de todos os matizes e modificações imagináveis e realizadas em diversos países sob as mais variadas formas, existem duas formas constitutivas puras entre as quais pode ser feita a opção: a) a economia de administração centralizada, que elabora o plano econômico central e o cumpre, e b) a economia de comércio ou de mercado, na qual a elaboração do plano está tão descentralizada, que em última essência cada empresa, e cada consumidor, toma para si a decisão que lhe cabe. A fim de realizar um desses tipos básicos ou mistos dos mais variados, a Constituição, como mais importante norma do ordenamento jurídico, tem um papel a preencher essencial, porém aqui também não um que lhe seja compulsório. O Direito Econômico e em especial a Constituição econômica podem fixar diretrizes gerais no âmbito das quais o ordenamento econômico concreto pode se realizar. Não é certo entretanto que a Constituição deva regulamentar todos os detalhes dos pressupostos da ação econômica privada e pública. Quanto mais rígidas forem as imposições constitucionais, tanto menor será a mobilidade de adaptação da economia às transformações das situações e às necessidades. Uma economia de mercado pura pode comprovar ser incapaz para enfrentar crises que surjam repentinamente; toda economia planificada tende para uma burocratização dispendiosa e inflexível em face de situações modificadas” (BENDA, Ernst. Op. cit., p. 242).

6. “A Lei 8.884/1994, desde a sua aparição, tem sido designada pelo nome ‘lei antitruste brasileira’ ou ‘lei de defesa da concorrência’. Em nossa modesta opinião, tal ‘rotulagem’ não lhe cai bem. Apesar de evidenciar um dos mais relevantes fins que se lhe atribui – a defesa da concorrência –, ela é, na verdade, mais do que isso. Daí ser incorreto fundamentá-la, tão somente, no § 4º do art. 173 da Constituição Federal, seu mais imediato e óbvio assento constitucional. Um exame detido da normatividade inserida em seu texto revela-nos ser ela uma valiosa ferramenta normativa à disposição dos operadores do Direito, pronta a proteger os princípios e valores inseridos nas disposições relativas à ordem constitucional econômica. Por exemplo, o abuso do poder econômico, a cada dia mais versátil e inovador em suas aparições na realidade fática, nem sempre adota a forma de uma ação anticoncorrencial. Ademais, a própria Lei 8.884/1994, logo no seu art. 1º, trata de esclarecer que a titularidade dos bens jurídicos tutelados pertence a toda a coletividade. A problematização e a juridicização da realidade econômica do patamar e interesse da sociedade como um todo, que se impõe àqueles que vasculham os escaninhos da Lei 8.884/1994, além de corroborar o que acima se disse, afasta, por óbvio, estritos pontos de vista econométricos, comuns no trato das questões que a citada lei regula. Daí nossa preferência pela expressão ‘lei de proteção da ordem econômica’, mais apropriada para a grande missão reservada à Lei 8.884/1994. Também assim se posiciona Waldir Alves, fundamentando, inclusive, sua argumentação em Alexy. Disse o citado autor, *verbis*: ‘Quanto à denominação dada para a Lei 8.884/1994 (= Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências), costumeiramente tratada de Lei Antitruste, oportuno que essa denominação seja objeto de reflexão, quer pelo fato de a própria lei não trazer essa denominação, quer por ser

o seu objeto mais amplo do que somente a proteção do mercado contra o truste (*trust* – cartel, monopólio etc.), pois também protege outros valores, como a liberdade de iniciativa, a propriedade e especialmente os consumidores, entre outros, o que nos leva a tratá-la como Lei de Proteção da Ordem Econômica. Adotaremos a denominação ‘proteção’ por exigir uma atuação positiva do Estado, enquanto a denominação ‘defesa’ pode ser interpretada em razão da sua utilização como se somente exigisse uma atuação negativa do Estado, conforme distinção apresentada por Robert Alexy ao tratar dos direitos fundamentais de proteção: ‘*Los derechos a protección y los derechos de defensa han sido contrapuestos reciprocamente porque los primeros son derechos a acciones positivas y los segundos a acciones negativas*’.” (ALVES, Waldir. Atuação do Ministério Público Federal junto ao CADE e nos processos cíveis e penais de infração contra a ordem econômica e as relações de consumo. **Revista de Direito da Concorrência**, nº 4, out./dez. 2004. in PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. 2. ed., São Paulo: RT, 2008. p. 329).

7. Assim se pronuncia Geraldo Feix: “O mercado pode prescindir do trabalhador substituindo-o por capital, tecnologia, informação e escala, mas não pode sobreviver sem consumidores e sem ideologia. Sem trabalho, os homens perdem o referencial enquanto homens modernos e não sabem o que fazer das mãos e mentes desocupadas, e muito menos o que fazer para o sustento próprio e das suas famílias. O descarte do trabalho enquanto finalidade econômica e até mesmo enquanto fator de produção em setores genéricos da economia, se a curto prazo representa ganho na redução de custos e diminuição de preços, a médio e longo prazo gera o rompimento da precária homeostase do sistema, acirrando a competição entre grupos, nações e etnias. Por outro lado, a redução das pessoas empregadas faz reduzir, na mesma proporção, o potencial de consumo, desestabilizando social e economicamente todo o sistema. Durante séculos, por necessidade e por sobrevivência, mas também por prazer, inteligência, o ser humano ensinou a seus filhos e gerações que o trabalho era fonte da riqueza e da dignidade, modo de agradar a Deus e aos homens e de multiplicar os dons da natureza. Sem acenarem com qualquer alternativa ou salvaguarda, os economistas e estrategistas neoliberais deixam milhões de pessoas no vácuo econômico sem salário, emprego ou condição de sustento. A humanidade desenvolveu a agricultura. A agricultura propiciou a pólis. A pólis tornou possível a ágora e criou o mercado para trocar o produto dos camponeses. O mercado moderno asfixiou a cidade, os camponeses e os próprios mercadores, os comerciantes. Pode haver comércio sem compradores para as mercadorias? Pode haver consumidores sem emprego que os assalarie? O estágio atual do capitalismo asfixiou a pólis e o camponês, mas agora começa a asfixiar o próprio conceito e suporte do mercado, sem o qual não sobrevive” (*apud* CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Ordem jurídico-econômica e trabalho**. p. 69).

8. Falando sobre a liberdade de iniciativa econômica, assim leciona a doutrina: “A liberdade de iniciativa econômica é um *quid pluris*. Não se reduz à soma de outras liberdades, não se exaure no exercício do direito de propriedade e da liberdade contratual. É um poder de utilização de faculdades jurídicas, reconhecido tanto à pessoa natural quanto à jurídica, e, neste caso, manifesta-se principalmente na atividade coletiva da empresa, de acordo com o tipo societário escolhido” (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, a. 23, n. 92, p. 229).

9. “Não se pode negar que a partir do momento em que o Estado passa a ser ‘intervencionista’ (e nessa expressão não vai qualquer carga ideológica) há uma modificação no próprio princípio da livre iniciativa que, há muito, deixou de ser correlato a uma política de *laissez faire*. A atuação do Estado sobre a economia, cada vez mais, não é tida como indesejável pelo sistema jurídico que, ao contrário, a institui e regulamenta. É bastante natural, entretanto, que, quando nos referimos à ‘livre iniciativa’, tenhamos em mente o conceito tradicional de liberdade (sensibilidade e

acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado) e pensemos no agente econômico atuando no mercado, com o mínimo de 'repressão' estatal. Mas – insistimos – essa visão da livre iniciativa (ou da livre concorrência e mesmo da autonomia privada) não exclui outra que lhe é complementar, de que essa mesma livre iniciativa, para que continue existindo, deve ser não apenas regulamentada, mas também conduzida pela autoridade governamental. Assim, no princípio da livre iniciativa (e da livre concorrência) abriga-se, também, a atuação estatal no sentido de (i) disciplinar comportamentos que resultariam em prejuízos à concorrência e (ii) disciplinar a atuação dos agentes econômicos, de forma a implementar uma política pública. Em conclusão, quando a autoridade antitruste autoriza ou coíbe um determinado comportamento do agente econômico, está justamente atuando os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, tal qual modernamente concebidos." (FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 228-230)

10. Discorrendo sobre uma ética da necessidade como emancipatória dos indivíduos, conferindo-lhes dignidade, assim se manifesta Cecília Maria Pires: "A indigência resultante da pobreza atinge o universo dos bens materiais e culturais. O sujeito desprovido desses bens apresenta, nos limites da sua carência, a não realização de sua subjetividade. (...) Quando os clássicos gregos anunciavam que a felicidade, a alegria, a prudência e a sabedoria eram componentes essenciais da natureza humana, estavam registrando a singularidade do humano em face do não humano. É no vértice desse entendimento que se movimenta ou se constrói a razão ética, como uma razão do humano, característica essencial daquela espécie postuladora de valores e produtora de todas as dimensões organizativas da sociedade e tudo o que daí decorre. (...) O que desejo sublinhar é a relevância de pensar o sujeito, como condição primeira a ser considerada em qualquer sistema econômico e político, que decida pela relevância ética nas relações intersubjetivas. Penso que essa é a forma de reconstituir-se um humanismo crítico. (...) Reitera-se, de um lado, que a situação de pauperização e miserabilidade é uma ausência ética, é um escândalo na esfera da subjetividade" (**Ética da Necessidade e outros desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p. 16-18). "Os despossuídos procuram suprir suas faltas de modo imediato, sem atenção a um projeto maior que resgate uma ação cidadã e democrática. É uma ética que se pauta por valores da urgência social, que não tem o tempo da vida e da sobrevivência para se envolver com a formalidade, com o regramento convencional. Aparece, então, uma outra racionalidade subsidiada na lógica das carências, e não na lógica das satisfações. Esse imaginário caótico que identifico me induz a postular o conceito de ética da necessidade. Esse imaginário se apresenta reduzido às circunstâncias da falta, cujo pressuposto são a imanência, a imediatidade, a percepção de que há um corpo-consciência faminto, excluído da vida boa e justa e excluído da vida feliz" (PIRES, Cecília Maria. **Ética da necessidade e outros desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p. 27).

11. Oligopólios, que tem o significado de poucos vendedores no mercado, também ficam caracterizados quando, mesmo que haja numericamente cerca de, digamos, 100 vendedores, os 10 maiores detenham a quase totalidade da produção e da oferta.

12. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 23.

13. SOUZA, Washington Peluso Albino de. Repressão ao abuso do poder econômico. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 28, n. 112, out./dez. 1991, p. 187.

14. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: RT, 1998. p. 368.

15. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: RT, 1998. p. 150 e ss.

16. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: RT, 1998. p. 136 e ss.

17. FURTADO, Celso. Entrevista a Carlos Molloquin. O pensamento econômico latino-americano. **Novos Estudos. Cebrap**, n. 41, p. 109.

18. “Existe discricionariedade administrativa imune a controle? Existe ato exclusivamente político cujo controle seria defeso ao Poder Judiciário? Não, pois é inarredável a vinculação aos princípios e direitos fundamentais. Ao menos negativamente, o controle *lato sensu* precisa sindicá-los, em fundo calado, os vícios decorrentes de excessos, desvios e insuficiências no exercício das competências administrativas. Não fosse assim, o ato exclusivamente político e não sindicável orbitaria no espaço do juridicamente irrelevante, o que se mostrou sem sentido. Nesses termos, o controle não será total, sob pena de ser usurpatório, mas os vícios decorrentes da inadequação sistêmica serão sempre controláveis (...). A sindicabilidade aprofundada dos atos administrativos há de ser preponderantemente principiológica, ultrapassadas, nesse importante aspecto, as antigas posturas decisionistas e enfatizada a insubsistência de atos exclusivamente políticos no âmbito das relações administrativas: tanto os atos vinculados como os discricionários precisam guardar vinculação com a Lei Maior. **Todo poder precisa ser ‘constitucionalizado’**. Na visão sistemática, o mérito do ato administrativo não deve ser invadido. No entanto, por via reflexa, pode ser inquirido, ao se efetuar o controle do ‘demérito’ ou da antijuridicidade, para além dos aspectos adstritos à legalidade. O controlador, nessa medida, faz as vezes de ‘administrador negativo’. O controle de proporcionalidade (inclusive das políticas públicas) passa a ser, nesse horizonte, realizado de modo mais ativo, pois se admite a discricionariedade somente para que o agente providencie, com eficácia e eficiência, a realização das vinculantes finalidades constitucionais. (...) Com o aprofundamento da sindicabilidade dos atos administrativos, quer-se a administração pública zelosa de seus deveres para com o desenvolvimento humano, aquele que importa. Quer-se a administração pública que não se contenta em mediocrementemente tornar boas as más escolhas. A partir de agora, com metas democraticamente pactuadas e sem utopismo ingênuo, precisa-se praticar a nova gestão pública, com acesa imaginação e maior compromisso com a tábua de valores constitucionais. (FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 123, 126 e 128)

19. FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 43.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

PETTER, Lafayete Josué. *Constituição econômica e concorrência*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 41, abr. 2011. Disponível em:
< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/lafayete_petter.html >
Acesso em: 04 maio 2011.